

Blinddoek en balans in het milieurecht

Drie manieren om belangen af te wegen

J.H. NIEUWENHUIS

1. Inleiding

Hoe vinden we de norm voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid wegens milieuverontreiniging? Recht is het resultaat van belangenafweging. Wat het zwaarst is, moet het zwaarst wegen, ook in het recht. Dat betekent overigens niet dat een dubbeltje zonder meer moet wijken voor een kwartje. Wat is het rechtsgehalte van de belangen die in het geding zijn? Dat is de vraag. Resultaat van die belangenafweging is bijna steeds een compromis. Ieder het zijne is vrijwel nooit de één alles, de ander niets.

Een kalimijn heeft een vergunning om afvalzout te lozen in een rivier, maar de benedenstrooms gevestigde komkommerkweker mag in beginsel verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild.¹ Belangen moeten worden afgewogen om te bepalen waar de grens loopt tussen een matige verontreiniging, die zonder schadevergoeding dient te worden getolereerd, en een bovenmatige vervuiling die leidt tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Welke belangen? Ieder belang is verweven met talloze andere. Geen rechter beschikt echter over het argusoog dat de blik kan richten op honderd belangen. Integendeel. Tot de vaste attributen van de rechter behoort nog steeds de blinddoek. Dit ongemakkelijke zinnebeeld prent hem niet alleen in dat hij recht moet spreken zonder aanzien des persoons, maar ook dat hij het oog moet sluiten voor die belangen die weliswaar door een van beide partijen worden aangevoerd, maar die als niet ter zake dienend geen gewicht in de schaal mogen leggen. Ter beantwoording van de vraag of de zoutlozingen onrechtmatig zijn jegens de komkommerkweker laat het Hof uitdrukkelijk buiten beschouwing het algemeen belang van het milieu dat gebaat is met een vermindering van de zoutlast, en het evenzeer algemene belang van de werkgelegenheid dat gediend is met een voortgezette exploitatie van de kalimijn.

Ook de belangenafweging die plaatsvindt in het kader van een publiekrechtelijke vergunningverlening, is zelden volledig en absoluut. Een vergunning wordt doorgaans verleend, 'behoudens de (civiele) rechten van derden'. Op deze grond was het Hof van oordeel dat de vergunning waarover de kalimijn beschikte niet berustte op een zodanige afweging van de in aanmerking komende belangen dat zij zou vrijwaren tegen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

1. HR 23 september 1988, NJ 1989, 743; Kalimijnen.

Zo lijken de vanouds gebaande paden, het privaatrecht en het publiekrecht, te leiden tot een overzichtelijke beperking van de belangen die tegen elkaar moeten worden afgewogen: in een civiele procedure de belangen van eiser en gedaagde, en bij de verlening van een milieuvergunning het belang dat door de milieuverontreiniging wordt gediend tegen het belang gelegen in de bescherming en verbetering van het leefmilieu (art. 21 Gw). De belangenafweging wordt geïsoleerd binnen één van beide compartimenten van het recht: het privaatrecht waar de belangen van particulieren tegen elkaar worden afgewogen en het publiekrecht waar het algemeen belang de boventoon voert. Alom wordt ingezien dat de meeste onderdelen van het recht zich niet zonder tegenstribbelen in deze twee hokken laten opsluiten. Het milieurecht is er één van.

Drie manieren om in het milieurecht belangen af te wegen, zullen thans worden onderzocht. In de eerste plaats is dat de wijze waarop belangen worden afgewogen bij de hantering van de zorgvuldigheidsnorm in het kader van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Wanneer zijn de zoutlozingen zo omvangrijk dat zij in strijd komen met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt? Vervolgens wordt aandacht besteed aan het inzicht van de rechtseconomie, dat de belangenafweging, nodig voor de vaststelling van de aansprakelijkheid, het best kan worden overgelaten aan een (hypothetische) markt. Zou in een dergelijke markt de kalimijn een recht op het lozen van afvalzout hebben gekocht? Of zou de komkommerkweker in die situatie een hoger bedrag hebben geboden voor het recht op schoon rivierwater?

Deze rechtseconomische benadering wordt ingegeven door een dringend algemeen belang: economische groei. Een marktconforme aansprakelijkheidsnorm in het milieurecht levert een maximale bijdrage aan het nationaal inkomen. Tenslotte wordt nagegaan of het mogelijk en gewenst is, in het kader van de vergunningverlening, de belangen van kalimijn, komkommerkweker, economische groei en bescherming van het leefmilieu zodanig af te wegen dat *ieder* het zijne krijgt.

2. Hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt

Wie afvalstoffen loost in een rivier is uiteraard benieuwd te weten of hij hierdoor wellicht inbreuk maakt op de rechten van anderen die eveneens gebruik maken van het rivierwater en die 'in beginsel mogen verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild'. Wanneer is sprake van een bovenmatige vervuiling, die leidt tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad? Een zorgvuldig exploitant van een kalimijn wil het natuurlijk niet laten aankomen op een veroordelend vonnis, om eerst dan van de rechter te vernemen dat hij, gezien de omvang van zijn zoutlozingen, in strijd handelt met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens een tuinder die het rivierwater gebruikt ter besproeiing van zijn komkommers en die schade lijdt door het hoge zoutgehalte. Op grond van een hechte jurisprudentie biedt de wetenschap dat de voorschriften

van de lozingsvergunning niet worden overtreden geen zekerheid dat de lozingen dus niet onrechtmatig zijn. Een ondernemer die er een eer in stelt niet in strijd te handelen met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, dient zijn voorgenomen activiteiten te toetsen aan de criteria die de rechter zou hanteren als het tot een procedure zou komen. Welke maatstaven zijn dat thans? De kern wordt gevormd door een afweging van belangen. De kalimijn die bij voortduring grote hoeveelheden zout loost in de rivier, moet het daardoor gediende belang (de goedkoopste vorm van afvalverwijdering) afwegen tegen het belang van de tuinder (de rivier als leverancier van sproeiwater). De aard, de ernst en de duur van schade toegebracht aan het belang van de tuinder kunnen vervolgens meebrengen dat de afweging ten nadele van de kalimijn uitvalt. Een dergelijke belangenafweging moet door het bedrijf dat gaat lozen worden gemaakt ten aanzien van alle gebruikers van het rivierwater (drinkwaterbedrijven, zwembaden, veehouders die het water gebruiken om het vee te drinken). In ieder individueel geval kan het resultaat van deze belangenafweging anders uitpakken, aangezien de aard en de ernst van de schade verschillen. Voorts valt op te merken dat de afweging beperkt blijft tot de belangen van enerzijds degenen die de afvalstoffen loost en anderzijds degenen die daarvan nadeel ondervindt. Het ruimere perspectief, waarin ook het milieubelang en het macro-economisch belang van de werkgelegenheid aan bod zouden moeten komen, mag buiten beschouwing worden gelaten. Het belang van de tuinder wordt niet beïnvloed doordat uit milieu-oogpunt een stopzetting of vermindering van de zoutlozingen als nastrevenswaardig wordt beschouwd. Anderzijds kan de kalimijn zich niet, ter afwering van aansprakelijkheid, beroepen op de omstandigheid dat door stopzetting van de lozingen de werkgelegenheid wordt bedreigd.

De maatstaven gehanteerd in het kader van de zorgvuldigheidsnorm, geven niet aan welke conclusies dienen te worden verbonden aan de belangenafweging. Zijn de lozingen onrechtmatig indien de schade van de benedenstroomse gebruiker groter is dan het financiële belang gediend door de lozingen? En moet, in het omgekeerde geval, de slotsom zijn dat van onrechtmatigheid geen sprake is? In ieder geval is de conclusie gewettigd dat het ongeschreven recht niet zodanig duidelijke aanwijzingen bevat omtrent hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt dat een ondernemer op voorhand zou kunnen nagaan welke mate van milieuverontreiniging nog door de beugel kan, en welke een onrechtmatige daad oplevert.

3. De onzichtbare hand van de markt

Een heroïsche poging om aan de afweging van de wederzijdse belangen een wat minder impressionistisch karakter te geven, door haar te plaatsen op een stevig, economisch fundament, is ondernomen door de aanhangers van de rechtseconomie, de meest spraakmakende uitdagers van de orthodoxe prentie van het recht: het recht als de kunst van het billijke. Rechtseconomen hebben slechts een minimale belangstelling voor de vraag onder welke omstandigheden de billijkheid eist dat *geleden* schade wordt vergoed. Zij zijn niet bereid een traan te laten om gemorste melk. Geleden schade blijft

geleden, ook al zou zij van de benadeelde worden overgeheveld naar de veroorzaker. De rechtseconomie richt haar blik op de toekomst. Het aansprakelijkheidsrecht dient in het teken te staan van kostenbesparing. Wanneer is de som van de kosten voortvloeiend uit het feit dat twee belangen botsen zo laag mogelijk? Een rechtseconomisch verantwoord aansprakelijkheidsrecht is niet zozeer gericht op schadevergoeding, als wel op schadevermindering.

Ook in het milieu botsen allerlei belangen. Kali of komkommer? Hoe meer zout in de rivier, des te minder komkommers. Hoe moet dit probleem worden aangepakt? Zijn we er met de constatering dat de kalimijn schade berokkent aan de komkommerkweker en dat het de taak van het recht is dit te verhinderen, een en ander ingevolge het rechtsgebod dat al zo'n tweeduizend jaar bestand is geweest tegen de tand des tijds: *alterum non laedere*, de ander geen schade berokkenen?²

Naar het oordeel van de rechtseconomie is dit een al te eenzijdige blik op het probleem. Wie benadeelt wie? We stuiten hier op een wederkerige relatie. Door te verhinderen dat de kalimijn de komkommerkweker benadeelt, wordt noodzakelijkerwijs schade berokkend aan de kalimijn, die tegen hoge kosten moet afzien van het lozen van afvalzout. Het probleem moet in werkelijkheid als volgt worden geformuleerd: mag de kalimijn de komkommerkweker benadelen door te lozen, of is, omgekeerd, de komkommerkweker bevoegd de kalimijn schade te berokkenen door de lozingen te verhinderen?

Het ligt voor de hand het minste der kwaden te kiezen door de grootste schade te vermijden. Kali of komkommer? Een rechtseconomisch geschoold aansprakelijkheidsrecht ziet dit in. The economic goal of liability rules in such a case is to maximize the joint value of the interfering activities,³ hier: de kaliproductie en komkommerteelt. Naarmate er meer afvalzout in de rivier wordt geloosd, groeit de winst behaald uit de kaliproductie, maar neemt de opbrengst aan komkommers af. Ergens ligt het punt waarop de gezamenlijke opbrengst van kali en komkommer maximaal is, en de mate van vervuiling van het rivierwater die daarbij hoort, moet dan ook uit rechtseconomisch oogpunt als efficiënt worden aangemerkt. Een grotere vervuiling is 'bovenmatig'.

Hoe vinden we dit Archimedisch punt, dat voldoende steun biedt om op rationele wijze het belang van zoutlozing van de kalimijn en het belang van schoon rivierwater van de komkommerkweker af te wegen? De rechtseconomie geeft een helder advies: volg de markt. Redelijke partijen worden het, geleid door welbegrepen eigenbelang, wel eens over een resultaat dat voor beiden voordelig is. Een komkommerkweker is best bereid een kalimijn toe te staan extra hoeveelheden zout te lozen, als de kalimijn van haar kant maar bereid is de daaruit voortvloeiende vermindering van de komkommeropbrengst ruimschoots te compenseren. Omgekeerd zal de kalimijn er zeker in toestemmen de zoutlozingen te verminderen, wanneer de komkommerkweker daar in financieel opzicht voldoende tegenover stelt. Op deze wijze leidt het

2. Digesten I, 1, 10.

3. R.A. Posner, Strict liability; a comment, *The Journal of Legal Studies*, 1973, nr. 1, p. 205.

marktmechanisme tot een rationele belangenafweging en ontstaat een economisch efficiënte verhouding van enerzijds het recht op zoutlozing en anderzijds het recht op schoon rivierwater.

Nu wordt in rechtseconomische kring onmiddellijk toegeven dat een dergelijke marktsituatie vrijwel nooit voorkomt. Zo is er geen markt waar kalimijnen en komkommerkwekers onderhandelen over de onderlinge afstemming van het gebruik van het rivierwater, om aldus te bereiken dat het resultaat voor beide partijen zo voordelig mogelijk is. Geen nood; in dat geval moet een dergelijke marktsituatie worden nagebootst.

'This approach attempts to reconstruct the likely terms of a market transaction (...) to mimic or simulate the market in other words (...) If, for example, the question were whether clean water was more valuable as an input into paper production than into boating, we might try to determine, using whatever quantitative or other data might be available to help us, whether in a world of zero transaction costs the paper industry would purchase from the boaters the right to use the water in question'.⁴

Mimic the market. Zou in een hypothetische markt de kalimijn een recht op lozing hebben gekocht, zo ja, in welke omvang? Of zou de komkommerkweker zich een recht op schoon water hebben verworven, door de kalimijn af te kopen? Wanneer partijen botsende belangen hebben bij het gebruik van het milieu (afvallozing of sproeiwater) dient deze hypothetische markt het richtsnoer te zijn bij de allocatie van rechten.

Zijn we zo een stap verder? De benedenstroomse gebruiker mag in beginsel verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild, aldus de Hoge Raad, die niet aangeeft waar de grens loopt tussen matige en bovenmatige vervuiling. Verschaft de rechtseconomie een bruikbaar antwoord? De vervuiling is *niet* bovenmatig, indien aannemelijk is dat in een hypothetische marktsituatie de kalimijn het recht om in die omvang zout te lozen zou hebben gekocht van de komkommerkweker. Bovenmatig is de vervuiling daarentegen wel, als waarschijnlijk is dat de komkommerkweker de kalimijn zou hebben bewogen de lozingen te verminderen door haar voldoende financiële compensatie te bieden.

Aan een marktoriëntatie binnen het aansprakelijkheidsrecht zijn allerlei praktische problemen verbonden.⁵ Zo is de informatie geput uit een hypothetische markt aanmerkelijk speculatiever dan hetgeen een echte markt te vertellen heeft omtrent de preferenties van partijen. Belangrijker is de vraag of het uitgangspunt wel deugt. Vaart het milieurecht wel bij het adagium: wat de markt doet, is altijd goed? Het heeft immers alleen zin een hypothetische markt na te bootsen, en over te gaan tot een marktconforme allocatie van rechten, als de arrangementen die in een dergelijke ideale marktsituatie bereikt zouden worden ook inderdaad een sociaal wenselijk resultaat zouden opleveren. Maar is dat zo? De blauwdruk van de markt vertoont twee coördi-

4. R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston 1986, p. 14.

5. Zie J.L. Coleman, *Markets, morals and the law*, Cambridge 1988, p. 67 e.v.

naten: welbegrepen eigenbelang en de vrije verhandelbaarheid van rechten. De markt wordt bevolkt door personen die door middel van contracten hun rechten overdragen in ruil voor een tegenprestatie. Zij doen dit uitsluitend dan, maar ook steeds dan, wanneer zij van oordeel zijn dat hun eigen belang daarmee is gediend. De tuinder produceert jaarlijks duizenden komkommers, niet om een bijdrage te leveren aan de gezondheid van de bevolking (vitamine C), maar om zich aldus een zo groot mogelijk inkomen te verwerven. Essentieel daarbij is de overdraagbaarheid van zijn eigendomsrecht ten aanzien van de komkommers. Was dat niet het geval dan zou hij zijn productieve activiteiten niet lang voortzetten.

Aldus wordt onze tuinder geleid door de onzichtbare hand die zo indringend is beschreven door Adam Smith: 'He intends only his own gain, and he is in this led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention (...). By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it'.⁶ Het eigenbelang als motor van het algemeen belang. Ten aanzien van één aspect van het algemeen belang is deze analyse stellig juist. Contractsvrijheid is zeker een van de belangrijkste *causes of the wealth of nations*, die Adam Smith zocht, en vond in het boek dat thans een hernieuwde actualiteit beleeft, als gevolg van de economische averij van landen die het tot voor kort hebben genegeerd.

Het algemeen belang is echter steeds een compromis, het resultaat van een afweging van allerlei maatschappelijke belangen die dikwijls op gespannen voet staan. Economische groei is er slechts één van, zij het een zeer belangrijke. Een ander, niet minder zwaarwegend maatschappelijk belang dat inmiddels een grondwettelijk fundament heeft verkregen, is de bescherming en verbetering van het leefmilieu (art. 21). De drijfkracht van het welbegrepen eigenbelang leidt, anders dan ten aanzien van economische groei, tot de aantasting van dit publieke belang, de onvermijdelijke teloorgang van het leefmilieu. Een van de ecologische klassieken heeft hiervoor een pregnante formulering gevonden: *the tragedy of the commons* (Hardin).⁷ *Commons*, dat wil zeggen goederen die vrijelijk ter beschikking staan van iedereen, zijn ten ondergang gedoemd, als zij worden overgelaten aan de ongelimiteerde beschikking van personen die zich laten leiden door hun eigenbelang, hoe welbegrepen dan ook. Om een illustratie te ontfangen aan 'de agrarische geschiedenis van West-Europa':

'Voor de agrarische bevolking waren de bossen in deze tijd (de elfde eeuw na Chr.) vooral van belang voor het vetmesten van varkens. Deze dieren werden de bossen ingedreven om daar hun voedsel te zoeken (...). Om het gevaar van ontbossing en uitroeiing van de wildstand ten gevolge van een overmatig gebruik van de bossen door de varkens te voorkomen is reeds vroeg het recht van de boeren om varkens in de bossen te drijven beperkt (...). Omstreeks 1050 wordt er bijvoorbeeld onderscheid gemaakt tussen

6. Adam Smith, *Wealth of nations*, IV, II, 9.

7. G. Hardin, *The tragedy of the commons*, *Science*, 1968, p. 1243 e.v., p. 84.

de *silva indomincata*, waarin de horigen van de abdij St. Vanne te Verdun honderd varkens mochten drijven en de *silva communis* waarin zoveel varkens gedreven mochten worden als men wilde.⁸

Zoveel varkens als men wilde. Iedere boer weet dat als hij nog meer varkens het bos instuurt, de ontbossing voortschrijdt en er het volgende jaar nog minder voedsel voorradig is. Welbegrepen eigenbelang dwingt hem echter toch zijn kudde uit te breiden. De opbrengst van ieder toegevoegd varken is immers in haar geheel voor hem, terwijl de schadelijke effecten worden gecollectiveerd. Hardin schrijft naar aanleiding van een vergelijkbaar voorbeeld: 'But this is the conclusion reached by each and every rational herdsman sharing a commons. Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit, in a world that is limited'.⁹

De geschiedenis herhaalt zich, anders en eender. Duizend jaar later vormen varkens opnieuw een bedreiging voor de bossen, ditmaal door een overschot aan varkensmest. En wederom gebiedt de logica van het eigenbelang iedere varkenshouder steeds meer mest in het milieu te laten verdwijnen. Om een *tragedy of the commons* te voorkomen moeten de boeren, net als de horigen van de abdij St. Vanne, worden geconfronteerd met wettelijke beperkingen. De Meststoffenwet kent allerlei verbodsbepalingen ten aanzien van de uitbreiding van de mestproductie.¹⁰

Welbegrepen eigenbelang en vrije verhandelbaarheid van rechten, de belangrijkste factoren ter stimulering van de economische groei, zijn met betrekking tot de bescherming van het milieu de hoofdrolspelers in een tragedie. De rechtseconomische literatuur biedt een overvloed aan scenario's:

'For example, if homeowners have a right to be free from pollution, the factory that wants to have a right to pollute must acquire it from every homeowner'.¹¹

Wanneer bedrijf en huiseigenaren louter worden geleid door eigenbelang, en wanneer bovendien het recht van de huiseigenaren om verschoond te blijven van vervuiling, vrij verhandelbaar is, zullen partijen een overeenkomst sluiten waardoor het bedrijf een recht verkrijgt om te vervuilen, indien dat voor beide partijen voordelig is. Een contract is echter steeds *égoïsme à deux*. De voordelen van de transactie worden in volle omvang geïncasseerd door de beide contractanten, terwijl de nadelen worden gedeeld met de rest van de wereld, hetgeen ten aanzien van milieuaantastingen vaak neerkomt op het doorschuiven naar toekomstige generaties.

Hoeveel afval mag in de rivier worden geloosd? Waar loopt de grens tussen een matige verontreiniging en een bovenmatige vervuiling? Hoe moet

8. B. Slicher van Bath, *De agrarische geschiedenis van West-Europa, 500-1850*, Utrecht 1977, p. 83 e.v.

9. Hardin, a.w., p. 1244.

10. Zie W. Brussaard e.a., *Milieurecht*, Zwolle 1989, p. 184 e.v.

11. Posner 1986, a.w., p. 55.

het belang van de vervuiler worden afgewogen tegen het belang van degenen die van die vervuiling nadeel ondervinden? Als het antwoord op deze vragen wordt overgelaten aan de markt (zou de vervuiler het recht op vervuiling hebben gekocht, en zo ja, in welke omvang?) dan heeft dit tragische consequenties voor diegenen die op die markt niet als kopers kunnen optreden. Dat zijn in ieder geval zij die nog geboren moeten worden. Wat zouden zij de huidige generaties kunnen bieden in ruil voor de bescherming van hun leefmilieu?

4. Het panorama van de overheid

Belangen worden ook afgewogen bij gelegenheid van de verlening van een milieuvergunning. Is het geen goed idee de uitkomst van deze belangenafweging tot richtsnoer te nemen ter beantwoording van de vraag, wanneer een vervuiling 'bovenmatig', en dus onrechtmatig is? Voor zover de voorwaarden van de vergunning niet worden overtreden, zou dan van een onrechtmatige daad geen sprake kunnen zijn.¹²

Zoals bekend, zijn de papieren van deze aanpak niet sterk, en dat is een eeuw na de vergunning van chocoladefabriek Krul¹³ niet anders geworden. Naar aanleiding van de kalimijnenzaak overwoog het Hof dat het feit dat de kalimijn zich hield aan de lozingsvergunning niet betekent dat zij niet in strijd met de zorgvuldigheid handelt, nu in de vergunning een uitdrukkelijk voorbehoud wordt gemaakt met betrekking tot de rechten van derden, met name gebruikers van het water die door de zoutlozingen schade ondervinden. De vergunning heeft derhalve niet de strekking de in aanmerking komende belangen zodanig af te wegen dat de vergunninghouder, als hij zich maar aan de bepalingen daarvan houdt, zou zijn gevrijwaard tegen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.¹⁴ De Hoge Raad is van mening dat dit oordeel behoorlijk is gemotiveerd en klaarblijkelijk berust op de uitleg van de vergunning, zodat het daartegen gerichte onderdeel van het cassatiemiddel moet falen.¹⁵ Toch is het blijkaar niet uitgesloten dat de in aanmerking komende belangen wel zodanig worden afgewogen dat degenen die binnen de perken van de vergunning blijft, gevrijwaard blijft van aansprakelijkheid uit

12. Zie voor de opvatting dat de inachtneming van de vergunningsvoorwaarden de vergunninghouder zou dienen te vrijwaren tegen de toewijzing van de eis tot verbod, Th.G. Drupsteen, Beantwoording rechtsvraag (137) milieurecht, *Ars Aequi*, 1982, p. 542.

13. HR 30 januari 1914, NJ 1914, 497.

14. NJ 1989, 2864 (rechtsoverweging 6.9).

15. Dit arrest verleent geen steun aan de opvatting dat onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen twee onrechtmatigheidsrubrieken, te weten inbreuk op een recht en strijd met de zorgvuldigheid. In het eerste geval zou de vergunning geen rol spelen, terwijl in het tweede geval de vergunninghouder er in beginsel van uit mag gaan dat hij niet onzorgvuldig handelt als hij zich aan de voorschriften van de vergunning houdt. Zo bijvoorbeeld N.S.J. Koeman, *Aansprakelijkheden in het milieurecht*, rede Amsterdam 1986, p. 27 e.v. In het kalimijnenarrest wordt immers beslist dat de inachtneming van de vergunningsvoorwaarden niet vrijwaart tegen aansprakelijkheid, hoewel sprake is van toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm.

onrechtmatige daad. Dat zou het geval zijn wanneer de vergunning het voorbehoud met betrekking tot de rechten van derden zou laten varen. Maar is dat mogelijk? Tot de onwankelbare zekerheden van het recht behoort toch immers de wetenschap dat een vergunning natuurlijk geen vrijbrief mag zijn om inbreuk te maken op de rechten van derden. In een aantal Koninklijke Besluiten valt in dit verband te lezen: 'Wij JULIANA, enz. overwegende dat het vanzelf spreekt dat de verlening van een vergunning geen rechten van anderen kan aantasten'.¹⁶

Rechten van derden mogen natuurlijk niet worden aangetast, dat spreekt vanzelf. Wanneer wordt medegedeeld dat iets natuurlijk het geval is, of vanzelf spreekt, is argwaan geboden. Het recht heeft reeds lang zijn natuurlijkheid verloren, en vanzelfsprekendheden zijn schaars geworden. Bij de observatie dat de vergunning, vanzelfsprekend, geen rechten van anderen kan aantasten, wordt er stilzwijgend van uitgegaan dat een recht een bij voorbaat gemarkeerde grens heeft, zodat zonder nadere bepaling duidelijk is wanneer die grens wordt overschreden, en er sprake is van inbreuk op dat recht. Dat is echter geenszins het geval. Zelfs een keihard recht als eigendom heeft vage contouren. De vraag of hinderlijke activiteiten inbreuk maken op een eigendomsrecht, kan niet worden beantwoord zonder te letten op de aard en de plaats van die activiteiten en de ernst van de schade.¹⁷ Pas door deze confrontatie wordt duidelijk waar de grens van het eigendomsrecht loopt, en de inbreuk begint. Voor minder harde rechten, zoals het 'recht' van de kwekers op niet bovenmatig vervuild rivierwater, geldt dit des te meer. Het peil waarbij voor hen de maat vol is, kan alleen maar worden bepaald in samenhang met de vraag in welke mate anderen de rivier mogen vervuilen. De toekenning van 'rechten' aan ieder van de gebruikers van het rivierwater vormt noodzakelijkerwijs een systeem van communicerende vaten.

Wanneer is de belangenafweging in het kader van een vergunningverlening van zodanig gehalte dat zij de vergunninghouder die zich houdt aan de voorschriften wel vrijwaart tegen aansprakelijkheid? In ieder geval is hiervoor nodig dat uit de vergunning een aanwijzing valt te putten omtrent de omvang van de rechten van derden. De constatering dat de vergunning vanzelfsprekend niet de rechten van derden kan aantasten, moet dan drastisch worden genuanceerd. Een belangrijke aanzet daartoe is gegeven door Kortmann. Sommige vergunningen hebben — zoals hij het noemt — 'reflexwerking', andere niet. Krul kreeg vergunning om een chocoladefabriek te exploiteren. In de vergunning werden geen concrete normen gegeven ten aanzien van de hoeveelheid geraas, gedreun, en trillingen die de omwonenden nog wel, en welke zij niet meer zouden moeten dulden. Dit is een vergunning zonder reflexwerking. Of de hinder zodanig ernstig is dat sprake is van een onrechtmatige daad moet, los van de vergunning die op dat punt geen enkele informatie verschaft, aan de hand van de verkeersopvatting worden bepaald. Men kan echter ook aan de vergunning de voorwaarde verbinden dat het

16. Zie bijvoorbeeld KB 27 december 1979, 40 AB 1980, 279.

17. HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278: Vermeulen/Lekkerkerker.

geluid veroorzaakt door de machines van de chocoladefabriek niet meer is dan 35 decibel, gemeten aan de gevel van de meest nabij gelegen woning.

‘Een dergelijke voorwaarde richt zich in dat geval primair tot de vergunninghouder, maar heeft daarnaast reflexwerking. De in de voorwaarde opgesloten gedragsnorm geeft immers aan welke geluidslast naar het oordeel van de overheid door de vergunninghouder nog veroorzaakt mag worden en welke geluidslast derden als niet-onrechtmatige hinder moeten dulden. De marges zijn hier door de overheid getrokken’.¹⁸

Een vergunning met reflexwerking heeft civiel effect. De vergunninghouder die binnen de marges blijft, is gevrijwaard tegen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Voor het milieurecht zou dit verreikende consequenties hebben, aangezien veel milieuvergunningen dergelijke concrete marges bevatten (‘De vervuilingswaarde van het te lozen bedrijfsafvalwater mag niet méér bedragen dan 5000 inwoner-equivalenten’).

Voor de rechtvaardiging van reflexwerking — de vergunning bepaalt mede de omvang van de civielrechtelijke aanspraken van derden — is echter meer nodig. Kortmann legt vooral de nadruk op de precisie van de marges. Is in de vergunning concreet aangegeven tot hoever de vergunninghouder mag gaan? Dit aspect vormt weliswaar een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde. Tevens is vereist dat bij de vaststelling van die marge, het soort belang waarin de benadeelde is getroffen, mede in aanmerking is genomen. Het is zeer wel mogelijk dat een vergunning een concrete norm bevat met betrekking tot de maximaal toegelaten lozing (130 kilogram afvalzout per seconde als jaargemiddelde), maar dat niettemin reflexwerking niet op haar plaats is. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer die norm tot stand is gekomen na afweging van slechts enerzijds het door de lozing gediende belang en anderzijds het belang van het milieu, louter opgevat als eco-systeem, en dat de belangen van kwekers buiten beschouwing zijn gelaten. Het is denkbaar dat die norm (130 kg per seconde) zo is uitgevallen omdat een zoutbelasting in die omvang, hoewel zeer schadelijk voor de kwaliteit van het rivierwater als sproeiwater ten behoeve van de kwekers, geen ernstige schade aan ecologische belangen tot gevolg heeft. Reflexwerking van milieuvergunningen is slechts dan gerechtvaardigd, indien de belangen van derden die daardoor worden getroffen, zijn meegewogen bij het bepalen van de maximaal toelaatbare vervuiling.

De moderne milieuwetgeving zal de afweging van een zo bonte verzameling belangen doorgaans mogelijk maken. Zo is het doel van de Wet Verontreiniging Oppervlaktewateren het bestrijden van de verontreiniging van de oppervlaktewateren met het oog op de verschillende functies die zij vervullen. Hierbij valt, blijkens de Memorie van Toelichting te denken aan de volgende functies: grondstof voor drinkwater, proceswater voor de industrie, drinkwater voor vee, begietingswater voor land- en tuinbouwgewassen, recreatiewater

18. S.C.J.J. Kortmann, *Goea en Trouw*, opstellen aangeboden aan prof. mr. W.C.L. van der Grinten, Zwolle 1 '84, p. 474.

en leefomgeving voor vissen met het oog op de visvangst.¹⁹ Naast de belangstelling voor deze antropocentrische functies van het aquatisch milieu is er de laatste tijd steeds meer aandacht voor de intrinsieke waarde van het water: *l'eau pour l'eau*.

Geven de voorwaarden van een milieuvergunning concreet aan, welke mate van vervuiling maximaal toelaatbaar is, en is deze norm tot stand gekomen na afweging van, onder andere, het soort²⁰ belang waarin de benadeelde is getroffen (drinkwater voor vee, begietingswater voor tuinbouwgewassen), dan doet de burgerlijke rechter er doorgaans²¹ goed aan het resultaat van deze belangenafweging over te nemen en niet te vervangen door een norm van eigen makelij, ingegeven door zijn visie op hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is dan nog slechts sprake wanneer het gaat om overtreding van de vergunningvoorwaarden, structureel dan wel incidenteel (ten gevolge van een bedrijfsongeval komt een grote hoeveelheid landbouwgif in het oppervlaktewater terecht).

5. De balans

Hoe vinden we de norm voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid wegens milieuverontreiniging? Wat is de beste leidraad: hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, de onzichtbare hand van de markt, of de afweging die door de overheid is gemaakt bij de verlening van een vergunning?

De derde visie biedt stellig het beste perspectief. Nodig is dan wel dat wordt ingezien dat de verlening van een recht om het milieu te belasten tevens een nadere bepaling inhoudt van de aanspraken van anderen met betrekking tot de kwaliteit van het milieu.

In vergelijking met de belangenafweging die plaatsvindt bij een toetsing aan hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, draagt de afweging die in het kader van de verlening van een milieuvergunning wordt gemaakt een meer integraal, maar ook meer globaal karakter.

Het financieel-commerciële belang van de kwekers wordt niet beïnvloed doordat uit milieu-oogpunt een stopzetting of vermindering van de zoutlozingen als nastrevenswaardig wordt beschouwd, aldus het Hof.²² Het 'milieu-oogpunt' wordt op die wijze onnodig versmald. Het milieu is niet alleen een

19. Brussaard e.a., a.w., p. 123.

20. Het zal veelal ondoenlijk zijn en ook niet nodig, dat het belang van iedere individuele gebruiker van het oppervlaktewater afzonderlijk wordt meegewogen. Wat zijn de schadelijke effecten van deze mate van vervuiling voor de kwaliteit van het water als begietingswater, zwemwater, drinkwater voor vee e.d.? Die belangen mogen in deze gegeneraliseerde vorm in de afweging worden betrokken.

21. Een uitzondering wordt bijvoorbeeld gevormd door het geval dat de vergunninghouder had moeten begrijpen dat de overheid in redelijkheid niet tot het verlenen van de vergunning had kunnen komen. Zie HR 14 juni 1963, NJ 1965, 82; EZH/Bailey.

22. NJ 1989, 2862 (rechtsoverweging 6.2).

ecologische categorie, maar ook een financieel-commerciële. Zonder veel kans op tegenspraak kan het milieu worden beschouwd als de belangrijkste produktiefactor. Door te bepalen dat een vermindering van de zoutlast wenselijk is in verband met de geschiktheid van het rivierwater als begietingswater voor land- en tuinbouwgewassen en als proceswater voor de industrie, verlaat de overheid geenszins het milieu-oogpunt. Integendeel; in het kader van haar grondwettelijke taak, de zorg voor de bescherming van het leefmilieu, moet de overheid een redelijk evenwicht trachten te vinden tussen enerzijds ecologische belangen die gebaat zijn met een totale stopzetting van afvallozingen, en anderzijds allerlei, onderling concurrerende, economische belangen die het best gediend zijn, wanneer de vervuiling binnen nauwkeurig aangegeven perken blijft. Zoals gezien, maakt de milieuwetgeving, onder andere de Wet Verontreiniging Oppervlaktewateren, een dergelijke integrale afweging zeker mogelijk.

De belangenafweging die plaatsvindt indien achteraf in een procedure de vervuiling wordt getoetst aan de zorgvuldigheidsnorm, is maatwerk. Het belang van de kalimijn wordt afgewogen tegen het belang van handelskwekerij Jac. Valstar BV te Honselaarsdijk. De afweging die vóóraf gaat aan de verlening van een lozingsvergunning is uiteraard globaler, aangezien er dan vele tientallen belanghebbenden zijn met zeer uiteenlopende belangen (tuinders, veehouders, drinkwaterleidingbedrijven). De nadelen hiervan kunnen voor een deel worden ondervangen doordat derden bezwaar kunnen maken en zodoende kunnen bereiken dat hun individuele belang in de afweging wordt betrokken (art. 20 Wet Algemene Bepalingen Milieuhygiëne). Bovendien is het zo dat bij de bepaling van de kwaliteit die benedenstroomse gebruikers van het water van de Rijn mogen verwachten het bijzondere belang van iedere individuele gebruiker slechts een zeer bescheiden gewicht in de schaal mag leggen. Ongetwijfeld zijn er Nederlandse Edelweisskwekers die er belang bij hebben dat het water van de Rijn bij Lobith precies dezelfde samenstelling heeft als op de helling van het Sint Gotthard-massief, maar met een zo specifiek belang hoeft geen rekening te worden gehouden.

Ook de rechtseconomische benadering waarin de belangenafweging wordt toevertrouwd aan een (hypothetische) markt houdt het venster gedeeltelijk geblindeerd door uitsluitend oog te hebben voor die belangen die worden gesteund door een bereidheid te betalen (*willingness to pay*).²³ En het gewicht van die belangen wordt bepaald door de omvang van het bedrag dat men bereid is daarvoor te betalen. Een harde economische wet is bovendien gelegen in de waardeverminderende werking van de tand des tijds: honderd gulden nu is meer waard dan duizend gulden over vijftig jaar. Liever één vogel in de hand dan tien in de lucht. Het omgekeerde is waar als het gaat om het duurzame behoud van de natuur.

Binnen het algemeen belang concurreren niet alleen contemporaine belangen (snelweg of recreatiegebied?), maar ook belangen die pas geruime tijd na elkaar gaan dringen (intensieve varkenshouderij of behoud van de bossen?). Het algemeen belang is ook een compromis tussen thans en de toekomst.

23. Posner 1986, a.w.

Weliswaar draagt iedereen de verantwoordelijkheid voor een duurzame bescherming van het leefmilieu, maar alleen de overheid is in staat het compromis tussen goedkoop varkensvlees voor aanstaande woensdag gehakt-dag en de toestand van de Brabantse bossen in de volgende eeuw, helder te articuleren. 'States shall conserve and use the environment and natural resources for the benefit of present and future generations', aldus het Brundtland-rapport van de Verenigde Naties.²⁴ Gebruik van het milieu ten voordele van de huidige en toekomstige generaties, leidt onvermijdelijk tot compromissen. Een vergunning om afvalgips te lozen in de rivier dient een huidig, economisch belang; het belang van de toekomstige generaties²⁵ wordt slechts dan gehonoreerd, wanneer de vergunning aan zodanige beperkingen wordt onderworpen dat de rivier 'dezelfde' blijft, hetgeen wil zeggen dat zij ook over honderd jaar nog drinkwater, sproeiwater en zwemwater aanvoert.

Een raadselachtig fragment van de Ionische natuurfilosoof Heraclitus (500 vóór Chr.) krijgt in dit verband een nieuwe tegenwoordigheid van geest: 'In dezelfde rivieren treden wij, en treden wij niet; wij zijn, en wij zijn niet'.²⁶ Door een lichte retouche wordt het fragment minder diepzinnig, maar onthult het wel een reële ecologische wijsheid: 'In dezelfde rivieren treden wij, *of* treden wij niet; wij zijn, *of* wij zijn niet'. Een onbelemmerd gebruik van de rivieren voor de afvoer van chemisch afval leidt, weliswaar na ons, maar in ieder geval eens, tot de zondvloed. Het water is voorwaarde voor het leven op aarde; de voorwaarden van een vergunning moeten daarmee rekening houden.

Een afweging van de milieubelangen van de huidige en de toekomstige generaties kan niet worden overgelaten aan de onzichtbare hand van de markt. Zeer waardevol is daarentegen het rechtseconomisch inzicht dat overheidsingrijpen niet zelden tot inefficiënte resultaten leidt.

'Regulering kan het bedrijfsleven opzadelen met onnodig dure bestrijdingsmethoden indien deze wordt gegoten in de vorm van zogenaamde middelvoorschriften, waarbij de ondernemingsleiding geen speelruimte wordt gelaten om een bepaald doel op de goedkoopste manier te bereiken'.²⁷

Een aantrekkelijk middel om de prikkel tot kostenbesparing te activeren is de heffing. De hoogte van de heffing is afhankelijk van de omvang van de vervuiling. De vervuiler betaalt, maar betaalt minder naarmate hij minder vervuult.²⁸ Zo kan bijvoorbeeld op grond van art. 17 van de Wet Verontreiniging Oppervlaktewateren een heffing worden ingesteld:

24. *Our common future*, Oxford 1987, p. 348.

25. Zie omtrent het rechtskarakter van de aanspraken van toekomstige generaties, J.H. Nieuwenhuis, *Zij die geboren worden groeten U*, *R.M. Themis* 1988, pp. 359-367.

26. Heraclitus, *Fragmenen*, vertaald door J. Mansveld, Amsterdam 1979, p. 54 (Diels-Kranz, 49a).

27. J.J.M. Theeuwes e.a., *Recht en Economie*, Amsterdam 1989, p. 70.

28. Zie omtrent de prikkel tot vermindering van de vervuiling die hiervan uitgaat J. Schuurman, *De prijs van water*, Arnhem 1988.

'ter bestrijding van de kosten van maatregelen tot het tegengaan en het voorkomen van verontreiniging van oppervlaktewateren'.

Wel is het gewenst dat de bestemming van dergelijke milieueffingen wordt verruimd. Thans geeft de overheid hieraan een publieke bestemming: de dekking van kosten die zij maakt bij de bestrijding van de verontreiniging van oppervlaktewateren. De verontreiniging die het gevolg is van een vergunning tot het lozen van afval leidt echter ook tot kosten die derden moeten maken om de gevolgen van de verontreiniging te bestrijden, een ontziltingsinstallatie in het bedrijf van de komkommerkweker bijvoorbeeld. Een vergoeding voor deze en andere bedrijfsschade te betalen uit een fonds²⁹ dat wordt gevuld met een deel van de opbrengst van milieueffingen verdient verre de voorkeur boven de weg van het civiele aansprakelijkheidsrecht die de benadeelde voert naar vele tientallen gedaagden in binnen- en buitenland.

Nog in een ander opzicht moet weerstand worden geboden aan de verlokkingen van het brede pad van het privaatrecht. Soms tracht de overheid de smalle weg van de publiekrechtelijke milieuwetgeving te mijden door vergunningverlening en heffing te privatiseren. Windmill loost afvalgips in de Nieuwe Waterweg. De Staat heeft tegen deze lozingen geen onoverkomelijk bezwaar, maar zou wel graag f 1,25 per kubieke meter gipsafval ontvangen. Wat te denken van de volgende privaatrechtelijke constructie? De Staat is eigenaar van de Nieuwe Waterweg. Iedere eigenaar is bevoegd anderen van het gebruik van zijn eigendom uit te sluiten, of, desverkiezend, dat gebruik toe te staan, al dan niet tegen betaling. De Staat kan bijvoorbeeld als eigenaar van een natuurgebied bepalen dat dit gebied door niemand mag worden betreden, met uitzondering van diegenen die bereid zijn jaarlijks een toegangskaart te kopen voor een door de Staat vast te stellen bedrag. Waarom zou de Staat dan ook niet mogen zeggen: Windmill, U mag gebruik maken van mijn Nieuwe Waterweg om daarin gips te lozen, maar alleen tegen betaling van f 1,25 per kubieke meter? Op het eerste gezicht een gezonde, economische benadering: de Staat moet met zijn eigendommen een zo hoog mogelijk rendement zien te behalen. De maximale prijs dient te worden bedongen, hetgeen wil zeggen, een hoge prijs, maar niet zo hoog dat de bedrijven hun activiteiten staken of verplaatsen naar een ander land. Het Hof heeft weliswaar oog voor een dergelijk commercieel inzicht van de Staat ('Aan de Staat valt niet te verwijten dat hij een eigendomsrecht hanteert teneinde er financieel beter van te worden'), maar is niettemin van oordeel dat de publiekrechtelijke regeling van de Wet Verontreiniging Oppervlakte-

29. Zie naar aanleiding van het fonds luchtverontreiniging, E. Poortinga en G. Poortinga, Het fonds luchtverontreiniging en zure regen, *Tijdschrift voor Milieu en Recht*, 1986, pp. 134-141.

Een vergelijkbare suggestie is gedaan door N.S.J. Koeman, *Aansprakelijkheden in het milieurecht, enkele beschouwingen over de eenheid van het milieurecht*, rede te Deventer 1986, p. 31. Het is niet geheel duidelijk of Koeman de vergoeding wil laten betalen door de vergunningshouders, dan wel door een fonds. Aan het eerste alternatief is het nadeel verbonden dat de benadeelde dan te maken krijgt met een zeer groot aantal vergunninghouders die tezamen verantwoordelijk zijn voor de vervuiling.

wateren, de privaatrechtelijke benadering van de Staat uitsluit. Het Hof voegt er aan toe dat er anders, mede gezien de financiële problemen van vele overheden, van een gecoördineerd milieubeleid weinig terecht zou komen.³⁰ En inderdaad, als het overheden vrij zou staan, met een beroep op hun eigendomsrecht ten aanzien van onderdelen van het milieu (de bodem, het water), voor het gebruik daarvan een zo hoog mogelijke prijs te bedingen, kan de verleiding om een gat in de begroting te dichten, in ruil voor een wat meer gedogende opstelling met betrekking tot de omvang van de afvallozing, sommige overheden zeker te machtig worden.

Een norm voor de aansprakelijkheid wegens milieuverontreiniging. Waar loopt de grens tussen een matige verontreiniging en een bovenmatige vervuiling? Overschrijding van de marges van een milieuvergunning is vrijwel steeds onrechtmatig. Wie zich daarentegen houdt aan de vergunningsvoorwaarden behoort gevrijwaard te blijven van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Toch kan door het cumulatief effect van het optreden van vele vervuilers die zich keurig aan hun vergunning houden, ernstige en duurzame schade worden toegebracht aan derden. Het is niet steeds billijk dat hun schade onvergoed blijft met verwijzing naar de dooddoener: ieder draagt zijn eigen schade. Vaak is sprake van een lineair verband tussen de omvang van de vervuiling en de omvang van de schade en zijn de bronnen van de vervuiling talrijk en diffuus. Onder die omstandigheden is een schadefonds,³¹ gevuld door de opbrengst van een stelsel van lineaire heffingen het aangewezen middel om derden die onevenredig worden getroffen door het, door de overheid toegelaten vervuilingsspeil, te voorzien van een redelijke schadevergoeding. Bovendien is de milieuheffing uit rechtseconomisch oogpunt waarschijnlijk het beste instrument om een efficiënt niveau van milieuverontreiniging te bereiken. Iedere ondernemer zal immers nauwkeurig calculeren of de omvang van de door hem veroorzaakte vervuiling, gezien de daaraan verbonden heffing, voldoende wordt gerechtvaardigd door het economisch rendement dat door die vervuiling mogelijk wordt gemaakt. Billijkheid en doelmatigheid. Zo slaat het recht twee vliegen in één klap.³²

Waar loopt de grens? Een onontkoombare vraag in het recht. Met betrekking tot de grens tussen een matige verontreiniging en een bovenmatige vervuiling wordt het zicht te zeer belemmerd als een andere grens angstvallig in het oog wordt gehouden, die tussen het publiek- en het privaatrecht.

30. Een tegen dit arrest gericht cassatieberoep is door de Hoge Raad verworpen. Zie de HR 26 januari 1990, RvdW 1990, nr. 36; Staat/Windmill.

31. Zie over schadefondsen G.J. de Groot, *Schadefondsen tussen toen en toekomst?*, *NJB* 1980, pp. 269-276.

32. Zie voor de vraag of dat geoorloofd is J.H. Nieuwenhuis, *Kunnen wij een vlieg kwaad doen?* *RM Themis* 1989, pp. 422-427.